

## ARBITRAGEM NA RELAÇÃO DE EMPREGO E NA RELAÇÃO DE TRABALHO.

José Alberto Couto Maciel

Da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

Não há dúvidas quanto a utilização da arbitragem no âmbito dos conflitos coletivos de trabalho, considerando-se a previsão constitucional inscrita no artigo 114, parágrafo 1º da Constituição.

Reforçando, inclusive, o acordo ou a arbitragem no que concerne aos dissídios coletivos de trabalho diz o parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição que,

“Parágrafo 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

A polêmica, entretanto, surge no que concerne à aplicação da Lei 9.307/96 nos dissídios individuais de trabalho, pois a arbitragem, além de estar expressa na Constituição somente no que diz respeito aos dissídios coletivos, encontra outros óbices para sua aplicação nos dissídios individuais.

O instituto da arbitragem, como meio privado e alternativo de resolução dos conflitos, tem sido considerado como uma das possibilidades de solução

do complexo movimento processual vigente, como resposta às dificuldades do Poder Judiciário de atender satisfatoriamente todas as demandas que lhe são afetas.

Pelo princípio da hipossuficiência do trabalhador, vários dispositivos legais demonstram a dificuldade de ser aplicada a arbitragem nos dissídios individuais de trabalho, dentre eles:

- previsão do artigo 477, parágrafo 2º da CLT, que só admite quitação das parcelas discriminadas no instrumento de rescisão ou recibo de quitação, estabelecendo o parágrafo primeiro a necessária assistência do Sindicato ou do Ministério do Trabalho.

- Artigo 9º da CLT que considera nulo de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, razão pela qual, mesmo frente à arbitragem obrigatória, poderá o empregado ingressar em juízo demonstrando ter sido lesado.

- Artigos 444 e 468 da CLT que não permitem qualquer prejuízo ao trabalhador, mesmo em alterações de contrato com sua anuência.

Surgem atualmente, no novo governo, como sempre surgiram nos novos governos que acompanho nesses mais de cinquenta anos de advogado trabalhista, os grandes doutrinadores tratando de flexibilização dos direitos trabalhistas, dizendo da velhice da CLT, (curiosamente sempre atualizada), e da necessária alteração constitucional no sentido de valer mais o contratado do que o legislado.

Coloca-se no direito do trabalho, que sempre foi feito para igualar as forças entre empregados e empregadores, o contrato com hierarquia superior à lei, contradição gritante porque assim não é em nenhum ramo do direito em nosso país.

É preciso mesmo que se faça uma reforma, elaborando-se um Código de Processo do Trabalho frente à autonomia já demonstrada desse direito, adaptando-se a legislação existente à evolução empresarial e a globalização, mas nunca, em um ramo do direito que já é protetivo, dizer-se que o contrato é hierarquicamente superior à lei.

Certamente que não cabe ao magistrado legislar em favor do empregado para ampliar seus direitos, pois não tem ele o poder de criar normas reduzindo direitos de uma das partes, a econômica, tão importante quanto a figura do empregado, pois não há trabalho sem empresa e não há empresa sem empregado que possa dar-lhe vida.

Mas há uma proteção ao hipossuficiente decorrente da Lei, legislação especial a ser aplicada por juízes especiais, e, como dizia Sussekind, a Lei é protetora do empregado e não o Juiz.

Nesse sentido de ampla reforma trabalhista, pretendem os novos governantes que também a arbitragem seja ampliada para alcançar o processo do trabalho, reforçando, no entender dos doutos, uma das soluções de esvaziar o poder judiciário trabalhista.

Na verdade, os direitos dos empregados, frente à irrenunciabilidade dos mesmos, não são passíveis de aplicação da arbitragem, até mesmo pela redação do artigo 1º da Lei de Arbitragem que limita o procedimento arbitral aos direitos patrimoniais e disponíveis.

Por outro lado, como a arbitragem pressupõe plena igualdade das partes que, livremente, elegem um terceiro para solucionar seu conflito, não seria cabível sua aplicação na solução do conflito entre o trabalhador (hipossuficiente) e o empregador (economicamente superior), não podendo eles pactuar cláusulas de arbitragem.

Resumindo, são os princípios básicos da legislação trabalhista, de proteção ao empregado, que me parece, restringem a aplicação da Lei de Arbitragem nos dissídios individuais e esse vem sendo o posicionamento dos magistrados, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho que unifica a jurisprudência no país, ou seja, que a Lei 9.307 está direcionada às relações civis e comerciais e, portanto, não se aplica aos dissídios individuais de trabalho.

Em entrevista à revista Consultor Jurídico, assim se posicionou o Ministro Brito Pereira:

“A arbitragem exige das partes interessadas assumir o compromisso de respeitar o laudo arbitral. O empregado que acaba de ser despedido – nos casos mais comuns – não terá tranquilidade para justar com o empregador a indicação dos mesmos árbitros.”

E afirmou o Ministro Walmir Oliveira da Costa:

“Sou contrário à arbitragem em dissídios individuais. Acredito em outros meios de conciliação, mas não concordo com a atuação de um terceiro, mesmo que tenha sido escolhido pelas partes”.

E outro não foi o entendimento do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

“Dentro dos princípios do Direito do Trabalho fica difícil negociar em condições de igualdade , podendo renunciar e transigir, dentro da existência do contrato de trabalho”. A arbitragem, segundo o ministro, pode se dar após o fim do contrato de trabalho, mas voltada apenas para o Direito Coletivo, quando os interesses do trabalhador são defendidos pelo sindicato que tem paridade de armas com o empregador.

Tratando da matéria no RR 192700-74.2007.5.02.0002, assim se pronunciou o Ministro Maurício Godinho Delgado:

“...Nada obstante a presença da arbitragem no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, a Lei de Arbitragem dispõe que o instituto se aplica à regulação de direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º) – o que cria óvia dificuldade de inserção, neste restrito grupo, dos direitos juslaborativos, principalmente quando considerados no plano das relações bilaterais do contrato empregatício...”

Considerando a necessidade de se criar novas soluções paralelas à ação judicial para desafogar o Poder Judiciário, entende Luciana Pereira Elias da Silva em artigo publicado em agosto de 2013 e publicado no Jus Navigandi:

‘As relações trabalhistas vêm se modificando no mundo inteiro, porém o Brasil ainda encontra-se estagnado, com uma legislação trabalhista morna e cheia de retalhos. Ocorre que a busca pela proteção estatal de direitos inerentes ao trabalhador, tem inflado os salões judiciais com demandas para todas as causas, onde existem fatos que poderiam ser dirimidos sem a necessidade de uma ação judicial. Eis, que o Brasil reconhece a possibilidade da arbitragem. Visualiza-se que é possível a inserção da mesma nos conflitos individuais do trabalho, respeitando o limite dos direitos disponíveis do trabalhador.’

Em alguns casos tem a Justiça do Trabalho admitido a arbitragem nos dissídios individuais, pois embora possa ela decidir sobre questões relativas a matérias patrimoniais disponíveis, existem verbas que o trabalhador pode negociar, como valores indenizatórios, e até renunciar parte deles.

Mas, seguindo o princípio de proteção, e considerando a história de nosso direito do trabalho, difícil será adaptar-se a mentalidade de nosso trabalhador e da própria Justiça do Trabalho à aplicação de soluções extrajudiciais que decidam sobre direitos de empregados, considerando a fraqueza dos mesmos frente ao empregador e a possibilidade sempre existente de fraudes.

Como afirma Fabio Correia Luiz Soares, em artigo publicado na Redejur,

“Ora, não há como se negar que a instituição de arbitragem no contrato de trabalho do empregado pode ser a porta de entrada de uma série de fraudes perpetradas pelo seu empregador, no sentido de que o árbitro pode não aplicar direitos e princípios de cunho protetivo previstos na legislação trabalhista, e o recurso a fim de reformar a decisão ficaria prejudicado, por inexistir esta previsão na Lei de Arbitragem...”.

Por essas razões é que concordo com os que entendem que os dissídios individuais referente a empregados não devem ser solucionados definitivamente pela arbitragem, pois as partes em conflito, na verdade, não estão em pé de igualdade, sendo que a Justiça do Trabalho, desde sua origem, e conforme confia o trabalhador brasileiro, representa o julgamento justo e imparcial, com as características que a lei dispõe sobre a prova e outros meios em seu favor, equilibrando o poder econômico com a fragilidade de quem contra ele reclama.

A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 alterou a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, bem como a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, ampliando o âmbito de aplicação da arbitragem .

Admitiu em seu artigo 1º, parágrafo primeiro que a administração pública, direta e indireta, poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, admitindo também que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

A referida Lei, porém, nenhuma novidade trouxe com relação à arbitragem nas relações de trabalho.

O novo Código de Processo Civil cria em seu artigo 334 a audiência de conciliação ou de mediação, com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.

Há, então, uma tentativa de composição consensual, podendo o autor indicar, na petição inicial, seu desinteresse na auto composição, ou o réu assim fazê-lo por petição apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência.

Vejam que se estabeleceu uma possibilidade de conciliação ou mediação em todos os processos, diferentemente da redação do artigo 331 do CPC antigo que admitia a conciliação, reduzida a termo e homologada por sentença, sobre direitos que admitissem transação.

Este artigo do novo Código de Processo Civil efetivamente foi declarado inaplicável ao processo trabalhista, de acordo com a redação da Instrução n. 39 do TST.

É de se salientar, porém que, atualmente, tendo em vista a Emenda Constitucional n. 45, que deu nova redação ao artigo 114 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho não decide mais apenas sobre a relação de emprego (empregado/empregador), mas também sobre todas as relações que envolvam trabalho, dentre elas a do trabalho não subordinado.

Penso que o momento é de ser apreciada a arbitragem nos dissídios individuais de trabalho de forma diversa, pois a própria Justiça do trabalho tem de adaptar-se a julgar, não só questões relativas a empregados, cuja legislação é protetora, como também questões decorrentes de relação de trabalho, regidas pela legislação comum ou com características especiais não vinculadas à CLT.

Considero assim, que os dissídios individuais trabalhistas, que decorrem da relação de emprego, não devem ser decididos pela arbitragem, mas os dissídios individuais trabalhistas, que não envolvam empregado e empregador, podem, no meu entender, ser resolvidos mediante a arbitragem, na forma que dispõe a Lei 9.307/96, pois nestes dissídios não se encontra, em tese, a disparidade entre as partes envolvidas, não aplicando-se neles os princípios de proteção decorrentes da legislação trabalhista.

Talvez, e para um mais amplo debate, deva se incluir nessa possibilidade de arbitragem os direitos decorrentes daqueles que, embora considerados empregados, estão em um nível mais elevado de emprego, aqueles alto empregados, com remuneração diferenciada, ou inseridos em cargo de confiança, que efetivamente têm um nível de subordinação apenas técnica mas não podem ser considerados como hipossuficientes.

Estariam assim em uma zona gris do Direito, em uma escala de subordinação entre os empregados comuns e os autônomos, sendo seu grau



de dependência intelectual tênue, sendo subordinados, por exemplo, apenas a controle de horário e a certas fiscalizações.

Evidentemente que esse entendimento deve ser construído pela jurisprudência, mas será uma efetiva abertura à arbitragem no processo do trabalho, com garantias de não aplicação aos empregados, de acordo com a jurisprudência atual que rege a matéria.